

**Audience publique du 18 février 2009**  
-----

Requête en sursis à exécution sinon en instauration d'une mesure de sauvegarde introduite par  
XXXX S.à.r.l  
contre une décision de l'établissement public du XXX XXX  
en matière de marchés publics  
-----

**ORDONNANCE**

Vu la requête déposée le 28 janvier 2009 au greffe du tribunal administratif par Maître Steve Helminger, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée XXXX, établie et ayant son siège social à XXX XXX, XXX, rue XXX, tendant à prononcer le sursis à exécution sinon l'instauration d'une mesure de sauvegarde par rapport à une décision de l'établissement public XXX XXX XXX du XXX et notifiée à la partie requérante en date du XXX par lequel XXX XXX XXX a décidé d'annuler la soumission du XXX et de remettre en soumission les travaux d'installation d'équipements XXX dans le cadre de la construction d'un incubateur d'entreprises dans les anciens vestiaires des hauts fourneaux à XXX, cette décision faisant l'objet d'un recours en annulation introduit le 28 janvier 2009, inscrit sous le numéro 25336 du rôle ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Pierre Biel, demeurant à Luxembourg, du 29 janvier 2009, portant signification de la prédite requête en effet suspensif à l'établissement public XXX XXX XXX, établi et ayant son siège social à XXX XXX, XXX, XXX, représenté par son conseil d'administration actuellement en fonctions, et pour autant que de besoin, par le président de son conseil d'administration ;

Vu les articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision attaquée ;

Maître Steve Helminger pour le demandeur et Maître Patrick Kinsch pour la partie défenderesse entendus en leurs plaidoiries respectives à l'audience du 16 février 2009.  
-----

Par avis d'adjudication publié dans la presse en date du XXX, l'établissement public XXX XXX XXX ci-après qualifié de « XXX XXX » a lancé un appel d'offre pour des travaux d'installation d'équipements XXX dans le cadre de la construction d'un incubateur

d'entreprises dans les anciens vestiaires des hauts fourneaux de XXX à exécuter dans son intérêt à XXX.

Par courrier du XXX, la société à responsabilité limitée XXXX, établie et ayant son siège social à XXX XXX, XXX, rue XXX a demandé de se voir remettre un bordereau de soumission.

Finalement, 4 sociétés ont remis des offres dans le délai de réception des candidatures soumissionnaires, dont la partie requérante.

Il résulte du procès-verbal d'ouverture de la soumission que la société XXX avait soumis la meilleure offre, précédant la deuxième classée de quelques XXX €, représentant un écart de prix d'environ 31 % entre le mieux-disant et les autres soumissionnaires.

Par courrier du XXX, la société à responsabilité limitée XXXX a demandé une analyse des prix conformément à l'article 80 du règlement du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 20 juin 2003 sur les marchés publics (ci-après qualifié de « *règlement grand-ducal du 7 juillet 2003* ») suite à cet écart de prix constaté.

Par courrier du XXX, le XXX XXX a demandé des certificats de non-obligation à l'égard du Centre informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale, de l'administration des Contributions directes et de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines à la société à responsabilité limitée XXXX qui lui ont été envoyés par courrier du XXX.

Par courrier du XXX, la société à responsabilité limitée XXXX a réitéré sa demande d'analyse des prix, demande restée infructueuse.

Par courrier recommandé du XXX, elle a introduit un recours gracieux contre la notification de la décision du XXX XXX n'ayant pas retenu son offre.

La partie requérante, ayant remis une offre qualifiée « *en tout point conforme* » au dossier de soumission, s'est vu notifier par courrier daté du XXX que son offre n'avait pas été retenue sans indication de motifs.

La partie requérante a saisi le tribunal administratif d'un recours en annulation ainsi que d'un recours en sursis à exécution en date du XXX à l'encontre de cette décision.

Par ordonnance du XXX, le président du tribunal administratif a déclaré la requête en sursis à exécution non justifiée et en a débouté la partie requérante, le recours en annulation étant pendant devant ce tribunal.

Par avis du XXX, la Commission des soumissions a retenu que l'entreprise première classée, à savoir la société XXX, avait proposé des prix anormalement bas de sorte que cette offre devrait être écartée pour être contraire aux articles 71 et 79 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 pré-mentionné.

Le XXX XXX, par décision du XXX, a annulé la soumission du XXX et a remis en soumission le marché dont un avis d'adjudication a été publié dans les quotidiens en date du XXX XXX.

Par courrier du XXX, la partie requérante a formé un recours gracieux contre la décision précitée, ce recours étant resté sans réponse.

Au vu du fait qu'un nouvel avis d'adjudication a été publié en date du XXX XXX et que la date limite de réception des offres a été fixée au XXX, la partie requérante a déposé un recours en annulation devant le tribunal administratif en date du XXX contre cette décision du XXX XXX du XXX XXX pour « *défaut de pouvoir de décision dans le chef du directeur signataire de la décision* », sinon subsidiairement, pour la voir annuler sur base des articles 83 et 91 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

Elle a déposé à la même date une requête sur base de l'article 11 alinéa 2 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et a demandé au président du tribunal administratif, en attendant l'examen au fond du litige, d'ordonner que le recours en annulation prémentionné produise un effet suspensif par rapport à l'exécution de la décision du XXX XXX du XXX.

A titre subsidiaire, la partie requérante demande sur base de l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée « *d'interdire au XXX XXX de conclure un contrat relatif au marché litigieux avec une entité autre que la requérante.* »

La partie requérante estime que l'exécution de la décision attaquée lui causerait un préjudice grave et définitif alors qu'elle perdrait un marché extrêmement important du point de vue de son enjeu au motif que les critères de participation fixés par le XXX XXX dans le cadre de la nouvelle soumission organisée seraient définis tels à l'évincer dès le départ. Elle estime qu'en cas de conclusion du contrat portant sur le marché litigieux remis en soumission avant l'intervention de la décision au fond, son préjudice serait définitif en raison du fait que le contrat en question ne pourrait plus être annulé. L'allocation ultérieure de dommages et intérêts ne serait pas de nature à réparer de manière adéquate le dommage ainsi subi.

Il s'y ajouterait que les moyens invoqués à l'appui du recours au fond seraient suffisamment sérieux pour justifier une mesure de sursis à exécution en attendant la solution du litige par les juges du fond.

Maître Patrick Kinsch, mandataire du XXX XXX, a soutenu que les moyens invoqués par les demandeurs ne sont pas sérieux tout en se rapportant à prudence de justice au niveau du préjudice grave et définitif allégué.

En vertu de l'article 11, alinéa 2 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au demandeur un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux.

Même s'il est vrai que les moyens d'annulation soulevés par la partie requérante à l'appui de son recours au fond ne se révèlent à première vue pas dénués de pertinence alors que l'article 91(1) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, qui apparaît applicable au cas d'espèce soumis, et qui prévoit que le pouvoir adjudicateur doit prendre, préalablement à l'annulation d'une mise en adjudication, un avis de la Commission des soumissions, qui ne semble pas avoir été spécifiquement sollicité, étant à préciser que la sanction d'une absence de

consultation n'est pas évidente au premier regard, l'exigence légale d'un préjudice grave et définitif ne se trouve cependant pas vérifiée en l'occurrence.

En effet, un préjudice de nature essentiellement pécuniaire n'est pas, en soi, grave et difficilement réparable, étant donné qu'il peut être réparé à la suite d'une éventuelle décision judiciaire d'annulation par des dommages et intérêts. Il ne saurait être dérogé à cette règle que si le demandeur peut établir qu'il risque de subir un préjudice matériel irréversible ou difficilement réparable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la requérante n'ayant à aucun moment établi que le préjudice financier risque d'être d'une envergure telle qu'elle est menacée dans son existence même. (voir en ce sens : TA 31-7-02, N° 15190; TA prés. 10-9-04 N° 18628; TA prés. 28-1-05 N° 19213; TA prés. 23-5-06 N° 21404; TA prés. 26-7-06 N° 21696; TA prés. 5-3-07 N° 22599)

Etant donné que les conditions tenant à l'existence de moyens sérieux et d'un préjudice grave et définitif doivent être cumulativement remplies, la seule absence du risque d'un préjudice grave et définitif entraîne l'échec de la demande.

La demande subsidiaire en institution d'une mesure de sauvegarde est à son tour à rejeter, étant donné qu'elle est également soumise à l'exigence d'un préjudice grave et définitif.

Par ces motifs,

le soussigné président du tribunal administratif, statuant contradictoirement et en audience publique,

reçoit le recours en sursis à exécution introduit en la forme,

au fond le déclare non justifié et en déboute,

reçoit la demande subsidiaire en institution d'une mesure de sauvegarde introduite en la forme,

au fond la déclare non justifiée et en déboute,

condamne la partie demanderesse aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 18 février 2009 par M. Marc Feyereisen, président du tribunal administratif, en présence de M. Luc Rassel, greffier.

s. Luc Rassel

s. Marc Feyereisen